

LA PRIMA COMERCIAL EN LOS ESTABLECIMIENTOS DE COMERCIO COMO
FUENTE DE COSTUMBRE MERCANTIL

LILIANA QUIROZ

UNIVERSIDAD AUTONOMA LATINOAMERICANA

FACULTAD DE DERECHO

MEDELLIN

MARZO DE 2015

LA PRIMA COMERCIAL EN LOS ESTABLECIMIENTOS DE COMERCIO COMO
FUENTE DE COSTUMBRE MERCANTIL

LILIANA QUIROZ

Ensayo jurídico para optar al título de Abogado

UNIVERSIDAD AUTONOMA LATINOAMERICANA

FACULTAD DE DERECHO

MEDELLIN

MARZO DE 2015

NOTA DE ACEPTACION

Firma del jurado

Firma del jurado

Medellín, Marzo de 2015

Contenido

RESUMEN.....	5
ABSTRACT	6
INTRODUCCIÓN.....	7
1. SOBRE LA IMPORTANCIA DE LA COSTUMBRE EN EL DERECHO COMERCIAL COLOMBIANO	9
1.1 ACERCAMIENTO AL CONCEPTO DE COSTUMBRE COMERCIAL.....	9
1.2 LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA EN CUANTO A LA COSTUMBRE COMERCIAL.....	12
1.3 CLASES DE COSTUMBRE COMERCIAL EN COLOMBIA	15
1.4 CLASIFICACIÓN DE LA COSTUMBRE COMERCIAL EN COLOMBIA DE.....	18
ACUERDO AL ÁMBITO TERRITORIAL.....	18
1.5 FUNCIONES DE LA COSTUMBRE EN EL DERECHO COMERCIAL COLOMBIANO	19
2. LA PRIMA COMERCIAL EN LOS ESTABLECIMIENTOS DE COMERCIO COMO FUENTE DE COSTUMBRE MERCANTIL.....	21
2.1 <i>CONSIDERACIONES PREVIAS</i>	21
2.2 LA PRIMA COMO EJEMPLO TIPICO DE COSTUMBRE COMERCIAL.....	24
3. ANOTACIONES FINALES.....	32
4. BIBLIOGRAFIA	36

RESUMEN

En el presente ensayo se pretende destacar la utilidad de la costumbre en el derecho comercial colombiano, examinando el caso particular de la “prima comercial” como ejemplo claro de costumbre mercantil, y por lo tanto como fuente de derecho. Se entiende la costumbre como la repetición general, constante y uniforme de comportamientos; dicha repetición debe ir acompañada por la convicción de quienes recurren a ella. La costumbre es contemplada en el ordenamiento jurídico colombiano en diferentes disposiciones legales, las cuales traen consigo una serie de consecuencias jurídicas que determinan, primero la manera cómo ha de ser entendida la costumbre y segundo el papel real que juega ésta para el derecho comercial. De acuerdo a estas regulaciones se distinguen tres clases de costumbre, a saber, “Consetudo Secundum Legem, Consetudo praeter Legem y Consetudo Contram Legem”. Finalmente en el derecho comercial la costumbre cumple funciones de tipo normativo, interpretativo y de integración.

PALABRAS CLAVES: COSTUMBRE, DERECHO COMERCIAL, PRIMA COMERCIAL REPETICION, GENERAL, CONSTANTE, UNIFORME, ORDENAMIENTO JURIDICO, CONSECUENCIAS JURIDICAS. SECUNDUM LEGEM, PRAETER LEGEM Y CONTRAM LEGEM, NORMATIVO, INTERPRETATIVO Y DE INTEGRACIÓN.

ABSTRACT

This essay is intended to highlight the usefulness of the custom in Colombian commercial law, examining the particular case of "commercial premium" as a clear example of commercial practice, and therefore as a source of law. Custom is understood as the general, constant and uniform repetition of behaviors; The repetition must go accompanied by the conviction of those who resort to it. The Custom is contemplated in the juridical Colombian classification in different legal dispositions, which bring a series of juridical consequences that determine, first the way how the custom has to be understood and do again the royal paper that plays this one for the commercial right. In agreement to these regulations three classes of custom are distinguished, namely, "Consetudo Secundum Legem, Consetudo praeter Legem y Consetudo Contram Legem". Finally in Commercial Law the custom fulfills functions of normative, interpretive type and of integration.

KEY WORDS: CUSTOM, COMMERCIAL RIGHT, COMMERCIAL BONUS, REPETITION, GENERAL, CONSTANT, UNIFORM, JURIDICAL CLASSIFICATION, JURIDICAL CONSEQUENCES. SECUNDUM LEGEM, PRAETER LEGEM Y CONTRAM LEGEM, NORMATIVE, INTERPRETIVE AND OF INTEGRATION.

INTRODUCCIÓN

En su etapa embrionaria el derecho comercial no estuvo ligado a presupuestos formulados por escuelas filosóficas o jurídicas, sino exclusivamente a las dinámicas propias de la actividad mercantil. Las particularidades económicas, sociales y políticas propias de la Edad Media dieron origen a nuevas clases sociales – Artesanos y Burgueses- que se organizaron en gremios de acuerdo a las actividades comerciales que desarrollaban; estas asociaciones adoptaron determinados usos y costumbres que le permitían agilizar sus negocios. Así las referidas asociaciones interpretaron y crearon sus propias formas de derecho, exclusivo para quienes pertenecían a ellas.

Este carácter subjetivo tan propio del periodo embrionario del derecho comercial, daría un giro gracias a la influencia de la tendencia codificadora en el iluminismo, bajo la cual las normas escritas, y de aplicación universal deberían ser el único instrumento regulador de la conducta social; estas nuevas tendencias codificadoras, impusieron fuertes barreras al carácter subjetivo y al dinamismo originario del derecho comercial, el cual pasó de ser un derecho de clase, para convertirse en un derecho aplicable a cualquier persona que tuviese la necesidad de hacer un negocio, independientemente de que fuera o no comerciante.

Este nuevo carácter objetivo del derecho Comercial perduraría hasta nuestros días. Sin embargo el derecho comercial en la actualidad exige la eliminación de dichas barreras y la reivindicación de algunas de sus características originales, entre las cuales la costumbre ocupa un lugar determinante.

El objetivo de este ensayo, es hacer evidente a partir de un caso particular de costumbre mercantil -Prima comercial- la utilidad práctica que la noción de costumbre tiene en el derecho comercial colombiano.

Para lograr dicho cometido hemos de procurar en un primer momento la lectura de diversos autores, que nos apoyen para desarrollar temáticas tales como: El concepto de costumbre comercial, la posición de la legislación colombiana en cuanto a la costumbre comercial, las clases de costumbre comercial reconocidas en Colombia, la función de la costumbre en el derecho comercial, entre otras.

En un segundo momento se examinara el caso particular del “sobreprecio” o prima comercial, que se constituye en un ejemplo claro de costumbre mercantil.

En un tercer y último momento se traerán a colación una serie de consideraciones finales en torno al tema tratado.

1. SOBRE LA IMPORTANCIA DE LA COSTUMBRE EN EL DERECHO COMERCIAL COLOMBIANO

1.1 ACERCAMIENTO AL CONCEPTO DE COSTUMBRE COMERCIAL

Como sabemos el derecho comercial se reconstruye permanentemente a partir de las costumbres de los comerciantes. ¿Pero a que nos estamos refiriendo cuando aludimos a la costumbre comercial? ¿Cuáles son las principales características de este tipo de costumbre? ¿Podemos procurar acaso una definición que nos acerque al sentido real de la costumbre comercial? El acercarnos de la mejor manera a estas cuestiones, es precisamente el cometido de este primer momento de nuestro trabajo, y para lograr este propósito es pertinente acompañar nuestro análisis con algunas de las definiciones más citadas respecto a la costumbre:

De acuerdo con su sentido más inmediato ha de entenderse la costumbre como: *“El hábito, modo habitual o de proceder establecido por tradición o por la repetición de los mismos actos y que puede llegar a adquirir fuerza de precepto”* (Diccionario de la Lengua Española”, 23ª ed.).

La anterior definición nos ofrece algunos elementos importantes que nos orientaran acerca del sentido de la costumbre; la palabra hábito por ejemplo, nos remite de manera inmediata a un acto o grupo de actos que reconocemos como nuestros, en la medida que los hemos realizado antes; este primer acercamiento conceptual hace énfasis además en otro elemento importante y es que esos hábitos deben tener un carácter repetitivo a fin de objetivarse en forma de preceptos. Si bien la anterior

definición nos otorga algunos elementos importantes, es claro que deja de mencionar otros aspectos básicos acerca de la costumbre.

Traigamos a colación una aproximación conceptual mejor estructurada, elaborada por el profesor Doménico Barbero: *“La costumbre es una forma de producción de normas jurídicas que consiste en la repetición general, constante y uniforme, de un determinado comportamiento en determinadas circunstancias”* (Barbero, 1967).

En esta definición tenemos también un comportamiento que debe repetirse a fin de que sirva como fuente de derecho, pero dicho comportamiento tiene unas características específicas, a saber, Debe ser *general*, por lo tanto ha de ser realizado por un grupo amplio de sujetos; Debe ser *constante*, es decir, invariable a lo largo de un periodo de tiempo prolongado; y debe ser *uniforme* o igual para el grupo de sujetos que realizan dicho comportamiento.

A fin de ampliar la definición de Doménico Barbero, es pertinente citar un grupo de definiciones recogidas por la Superintendencia de Industria y Comercio:

Según el tratadista Abelardo Torre la costumbre como fuente del derecho es el conjunto de normas jurídicas derivadas de la repetición más o menos constante de actos uniformes. Al decir de Bonnecase, la costumbre es una regla de derecho que resulta de la unión de dos elementos: uno de orden material, que consiste en la práctica por medio de la cual se resuelve, en una época dada y al margen de la ley una dificultad jurídica determinada; el otro, de orden psicológico, constituido por la convicción en los que

recurren a ella, o los que la sufren, de su fuerza obligatoria. En suma la costumbre es una regla de derecho que se constituye progresivamente bajo la influencia subconsciente de la noción de derecho y de las aspiraciones sociales, o en otras palabras, de las fuentes jurídicas reales. (Superintendencia de Industria y Comercio, concepto 01077559 del 9 de octubre de 2001).

Como puede notarse el concepto de la Superintendencia de Industria y Comercio recoge dos definiciones, la primera esbozada por Abelardo Torre no nos ofrece muchos elementos diferentes a los que ya se consideraron al comienzo; sin embargo la segunda definición, atribuida a Bonnecase, nos ilustra claramente sobre los dos elementos que deben unirse para que haya costumbre; uno de orden material, que consiste básicamente en las practicas generales, constantes y uniformes, que sirven para resolver en un momento determinado y al margen de la ley, una dificultad jurídica particular; y un segundo elemento de orden psicológico, que tiene que ver con el convencimiento por parte de quienes recurren a la costumbre y de quienes la sufren, que dicha costumbre tiene fuerza obligatoria. En este mismo sentido José Ignacio Narváez asume a las costumbres como: “... *aquellas que tienen validez general porque son practicadas por una colectividad con la convicción de que son obligatorias, independientes de la voluntad de los contratantes, a la cual suplen...*” (Narváez, 1998).

Las tres definiciones anteriores hacen énfasis en un aspecto básico de la costumbre, que es su carácter de obligatoriedad; cabe preguntarnos entonces ¿de dónde surge esa fuerza obligatoria de la costumbre? O planteada la cuestión en otros términos ¿en virtud de que, la costumbre es obligatoria? Es ostensible que la costumbre es obligatoria porque surge directamente del pueblo, que como ente político

puede manifestarse de manera formal por medio de la ley escrita, o de manera informal por medio de la costumbre jurídica. Respecto al origen y a la protección que el Estado debe proporcionar a la costumbre, el Catedrático Jean Carbonnier argumenta que la costumbre: *“Tiene su origen en la comunidad... es un mecanismo estatal, a causa de que crea derechos sancionados mediante su ejercicio judicial. El Estado, valiéndose de sus jueces, dispensa a la costumbre el apoyo de la fuerza y su violación, al igual que la violación de la ley, apareja una sanción coactiva”* (Carbonnier, 1969).

Según lo expuesto hemos de asumir entonces a la costumbre como la repetición general, reiterada y uniforme, de comportamientos; pero a lo anterior debe además sumársele la convicción por parte de quienes recurren a ella, de que dicha costumbre tiene fuerza obligatoria y que su obligatoriedad recibe su fuerza del pueblo mismo; finalmente cualquier Estado democrático, debe procurar en su legislación la defensa activa de la costumbre como fuente de derecho.

En el aparte subsiguiente analizaremos precisamente el tratamiento que le da la legislación colombiana a la costumbre comercial.

1.2 LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA EN CUANTO A LA COSTUMBRE COMERCIAL

La Costumbre es contemplada en el ordenamiento jurídico colombiano en múltiples disposiciones, a saber:

Inicialmente debe nombrarse el artículo 13 de la Ley 153 de 1887 que crea la posibilidad de la aplicación de la costumbre frente de derecho en la ausencia de ley positiva: *“La costumbre, siendo general y conforme con la moral cristiana, constituye derecho, a falta de legislación positiva” (ley 153 artículo 13, 1887).*

Por su parte los artículos 3, 4, 5, ubican la costumbre dentro del ordenamiento jurídico, además de otorgarle un lugar privilegiado en el derecho mercantil, veamos:

El Art 3 del CCC reza:

La costumbre mercantil tendrá la misma autoridad que la ley comercial, siempre que no la contrarié manifiesta o tácitamente y que los hechos constitutivos de la misma sean públicos, uniformes y reiterados en el lugar donde hayan de cumplirse las prestaciones o surgido las relaciones que deban regularse por ella (CCC Art. 3).

El Art 4 del C.C.C señala que: *“Las estipulaciones de los contratos válidamente celebrados preferirán a las normas legales supletivas y a las costumbres mercantiles” (CCC Art. 4).*

El Art 5 del C.C.C referente a la costumbre como auxiliar de interpretación reza: *“Las costumbres mercantiles servirán, además, para determinar el sentido de las palabras o frases técnicas de comercio y para interpretar los actos y convenios mercantiles”(CCC Art. 5).*

Por su parte la Corte Constitucional, acepta la existencia de la costumbre como fuente de derecho en los siguientes términos:

La invocación que la ley hace de la costumbre reafirma su pertenencia al sistema jurídico y su naturaleza normativa. La costumbre se mantiene como fuente de derecho y aporta al sistema jurídico flexibilidad y efectividad. Entre la ley y la costumbre justamente se ha observado la existencia de una relación dialéctica que es indisociable del fenómeno jurídico (Corte Constitucional sentencia C 486, 1993)

La Corte Suprema de Justicia se refiere a la importancia de la costumbre de la siguiente manera:

Conforme a lo prevenido en tales disposiciones, las situaciones o relaciones jurídicas de este linaje se rigen prioritariamente por la ley mercantil. Si ella no regula la situación específica que se suscita, debe recurrirse a la solución que la ley comercial haya dado a una situación semejante, es decir, a la analogía interna, mediante la cual se colman las lagunas de la ley, que dado su carácter general y abstracto no puede prever todas las situaciones que pueden surgir en la práctica (art. 1º C. de Co.). Si con tal procedimiento tampoco se encuentra la solución, debe acudirse a la costumbre, que de reunir las condiciones señaladas por el art. 3º ejúsdem, tiene la misma fuerza normativa de la ley mercantil y por ende resulta de aplicación preferente a las normas del derecho civil, a las cuales el art. 2º permite acudir para llenar las deficiencias del derecho mercantil positivo o consuetudinario, pero por virtud de aplicación subsidiaria. Sin embargo, cuando es la misma ley mercantil la que de manera expresa invoca la regulación de la ley civil, la aplicación de esta no es subsidiaria, sino principal y directa, por lo que pudiera denominarse mercantilización de la norma civil, ya que se da una integración o reenvío material de normas” (Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil Exp 4798, 1998)

Las disposiciones enunciadas anteriormente desatan una serie de consecuencias jurídicas que determinan, primero la manera cómo ha de ser entendida la costumbre, y segundo el papel que juega ésta en el ordenamiento legal Colombiano; Iniciemos con la que es tal vez la consecuencia jurídica más notable, pues de acuerdo a ella, en adelante no podríamos pensar en la costumbre como una sola.

1.3 CLASES DE COSTUMBRE COMERCIAL EN COLOMBIA

La doctrina ha considerado que de acuerdo a su relación con la ley, pueden distinguirse tres clases de costumbre; a saber: “*Consetudo Secundum Legem, Consetudo Praeter Legem y Consetudo Contram Legem*” (Mendoza, 2003).

Acerca de la “*Consetudo Secundum Legem*” puede decirse a groso modo, que es la práctica reiterada, pública y uniforme de hechos que obtienen su valor jurídico obligatorio y vinculante por expresa referencia que hace a ella una disposición legal. Es posible identificar en el Art 909 del CCC un ejemplo de la aplicación de este tipo de costumbre, veamos: “*Salvo costumbre mercantil o pacto contrario, los gastos de entrega de la cosa vendida, corresponderán al vendedor y los gastos de recibo de la misma al comprador*” (CCC Art. 909).

Cabe añadir que esta clase de costumbre no da origen a dificultades, en la medida que existe conforme a la ley, por lo que su aplicación y validez queda fuera de toda duda.

La “*Consetudo Praeter Legem*” puede enunciarse como el tipo de costumbre que tiene fuerza vinculante por sí misma, es decir, porque la comunidad se la ha dado y no por reconocimiento expreso de la ley. Puede citarse como ejemplo claro de este tipo de costumbre el pagar una suma de dinero por concepto de prima, para la cesión de un contrato de arrendamiento de un local comercial.

En este sentido recordemos que el artículo 13 de la Ley 153 de 1887 crea la posibilidad de la aplicación de la costumbre frente a la ausencia de ley positiva; dicho artículo, fue demandado ante la Corte Constitucional, quien en sentencia C-224 de 1994, del Magistrado Ponente: Jorge Arango Mejía, aceptó la existencia de los dos primeros tipos de costumbres expuestos anteriormente, en los siguientes términos:

Negarle al pueblo la posibilidad de crear el derecho objetivo representado en la costumbre, sería ir en contra de los principios de la Constitución de 1991 en lo relativo a la democracia participativa. Y sería paradójico que la costumbre, permitida por las constituciones anteriores que consagraban la democracia representativa, estuviera proscrita en la actual. Hay quienes sostienen que la costumbre alcanza a derogar la ley que le es contraria. Entre nosotros, como ya se advirtió, esto no es posible, por expresa prohibición legal, aunque fácilmente puede comprobarse la existencia de leyes que el paso del tiempo ha excluido de la vida social. Para la Corte Constitucional es claro que el inciso primero del artículo 230 no tuvo la finalidad de excluir la costumbre del ordenamiento jurídico. Lo que se buscó fue afirmar la autonomía de los jueces, poner de presente que su misión se limita a aplicar el derecho objetivo, haciendo a un lado toda consideración diferente y todo poder extraño (...). Por ley debe entenderse el ordenamiento jurídico como un todo. Lo dicho hasta ahora permite afirmar que el artículo 13 de la Ley 153 de 1887 en cuanto reconoce fuerza de la ley a la costumbre praeter

legem, no es contrario a la Constitución. Y con mayor razón puede decirse que la costumbre secundum legem se ajusta a la Constitución, porque en este caso su fuerza proviene de la propia ley que se remite a ella” (Corte constitucional sentencia C-224, 1994)

Por su parte la “*Consetudo Contram Legem*”, es la que existiendo disposición legal que regule una situación específica, se ha creado en el conglomerado social o grupo, una práctica reiterada que va en contra de dicha disposición. Cabe recordar que la aplicación de este tipo de costumbre está expresamente prohibida por el artículo 3 del Código de Comercio; no obstante podemos pensar, que dada una situación eventual en la que una regla consuetudinaria resulte contraria a una norma escrita el legislador podría dirimir el conflicto ordenando que se prefiera a la costumbre frente a la regla, la cual podría tornarse ineficaz o al menos en desuso. Este argumento se fortalece si consideramos el hecho ineludible que el pueblo es el soberano y que de él emana el poder público; y como ya lo dijimos al principio, dicha soberanía se manifiesta de forma directa por medio de la costumbre.

Si el legislador pretende que su tarea tenga sentido y que las normas que formule incidan en la realidad, ha de estar atento a las dinámicas sociales. Vemos entonces como inclusive la “*Consetudo Contram Legem*” puede ser considerada como fuente de derecho, por cuanto podría -facultada por el pueblo- inclusive derogar una disposición escrita.

1.4 CLASIFICACIÓN DE LA COSTUMBRE COMERCIAL EN COLOMBIA DE ACUERDO AL ÁMBITO TERRITORIAL

Es importante aclarar que de acuerdo a la extensión territorial hablamos de *costumbre local, costumbre nacional, costumbre extranjera y costumbre internacional*.

La *costumbre local* rige en un solo determinado lugar del territorio nacional y tiene la importancia de ser de aplicación preferente, sobre la *costumbre nacional*. Las Cámaras de Comercio, de acuerdo con el Artículo 86 numeral 5 del C.C.C, tienen la función de: “*Recopilar las costumbres mercantiles de los lugares correspondientes a su jurisdicción y certificar sobre la existencia de las recopiladas*” (CCC Art. 86).

La *costumbre nacional* rige en todo el territorio Colombiano pero sólo se aplica a falta de *costumbre local*. Esta clase de *costumbre* es recopilada por Confecamaras; entidad esta última encargada de “(...) *recopilar las costumbres que tengan carácter nacional y propender al mejoramiento de las cámaras en cuanto a tecnificación, eficacia y agilidad en la prestación de sus servicios*. (CCC Art. 96).

La *costumbre Extranjera* es la que tiene vigencia en un país diferente a Colombia, por regla general no podría ser fuente formal del derecho mercantil colombiano, en virtud que esta situación atentaría contra la soberanía nacional. Este tipo de *costumbre* tiene la función de interpretar las cláusulas de contratos celebrados en nuestro territorio, para cumplirse en el exterior; o celebrados en el exterior para cumplirse aquí, con el propósito de desentrañar su contenido técnico y aclarar las palabras o frases que se tornen difíciles de interpretar.

La *costumbre internacional* a diferencia de la costumbre extranjera rige en un grupo de países ligados por una serie de características comunes; el Pacto Andino, por ejemplo, como organismo internacional ampara este tipo de costumbres.

1.5 FUNCIONES DE LA COSTUMBRE EN EL DERECHO COMERCIAL COLOMBIANO

Como vimos la costumbre puede alcanzar gran relevancia en el mundo del derecho, en la medida que puede dar lugar a reglas de comportamiento con connotación de normas jurídicas; el fundamento jurídico de la costumbre, radica en la voluntad del pueblo que como ente político puede manifestarse o bien mediante normas, o bien mediante la costumbre. Surgida del comportamiento social, la costumbre entonces hace parte integral del ordenamiento jurídico y se constituye en una valiosa herramienta para el operador jurídico, tanto en el momento hacer las leyes, como en el momento de interpretarlas y de aplicarlas.

En el derecho comercial la costumbre tiene vital importancia, cumpliendo funciones de tipo *normativo, interpretativo y de integración*; Veamos:

En cuanto a *la función normativa* de la costumbre mercantil, debe señalarse que opera a falta de ley comercial, en los casos previstos por el artículo 3 del Código de Comercio colombiano; tal como lo establece el referido artículo, para cumplir con la función normativa, la costumbre mercantil debe ser pública o reconocida; además debe ser probada de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 190 del Código de Procedimiento Civil, esto es, mediante: “1. *Copia auténtica de dos decisiones judiciales, definitivas que*

aseveren su existencia. 2. Certificación de la cámara de comercio correspondiente al lugar donde rija". (CPC Art.190). La costumbre, al cumplir su función normativa, es considerada como un criterio principal y obligatorio, en la medida que cumple los requisitos propios de la validez del derecho.

En cuanto a *función interpretativa* de la costumbre mercantil, debe pensarse que opera básicamente para interpretar la ley y los contratos. Según se afirma en el artículo 5 del Código de Comercio, la interpretación alude a la fijación del sentido y de las palabras o expresiones de comercio. En este mismo sentido el artículo 1287 del CC señala: *"El uso o la costumbre del país se tendrán en cuenta para interpretar las ambigüedades de los contratos, supliendo en éstos la omisión de cláusulas que de ordinario suelen establecerse"* (CCC Art. 1287).

En cuanto a la *función integradora* de la costumbre, debemos decir que sirve para completar la norma escrita, así como para llenar los vacíos que pueda haber en esta.

2. LA PRIMA COMERCIAL EN LOS ESTABLECIMIENTOS DE COMERCIO COMO FUENTE DE COSTUMBRE MERCANTIL

2.1 CONSIDERACIONES PREVIAS

Antes de abordar el tema fundamental del presente trabajo es pertinente enunciar algunos de los criterios que permiten que una costumbre tenga fuerza de derecho o supla la ley positiva, dado el caso de que dicha ley tenga vacíos. Lo primero que debe anotarse es que por ser el derecho comercial regulador de las normas relativas a los comerciantes; es preciso anotar los criterios que debe cumplir una persona para ser considerada jurídicamente como comerciante; a saber: Según el artículo 10 del Código de Comercio de la República de Colombia: *“Son comerciantes las personas que profesionalmente se ocupan en alguna de las actividades que la ley considera mercantiles. La calidad de comerciante se adquiere aunque la actividad mercantil se ejerza por medio de apoderado, intermediario o interpuesta persona”*. En términos concretos, es comerciante aquella persona que realice actos de comercio que son los que están contemplados como mercantiles en el artículo 20 del Código de Comercio.

Debe señalarse además que la costumbre no es una norma expresada taxativamente en ningún código de uso general, sino que *“más bien, se trata de un hecho social que por tanto debe ser probada para que el juez que conoce de la controversia, la acepte como tal”* (Acosta, 2008, pág. 27), se requiere, tal como apunta Osborne Urrutia Acosta, del apoyo de las cámaras de comercio locales o, dado el caso, internacionales, para dirimir cualquier posible controversia.

En el caso de Colombia es posible recurrir a las Cámaras de Comercio locales puesto que de acuerdo con el numeral 5 del artículo 86 del Estatuto Mercantil, una de las funciones de las cámaras de comercio es la de *“recopilar las costumbres mercantiles de los lugares correspondientes a su jurisdicción y certificar sobre la existencia las recopiladas”* (Cámara de Comercio Aburrá Sur, 2007). Adicionalmente debe anotarse que las Cámaras de Comercio:

“con sus certificaciones indican a las autoridades la descripción de la costumbre, su ámbito y radio de acción; si se trata de prácticas extranjeras consuetudinarias, las entidades extranjeras idóneas serán las encargadas, por los medios consulares apropiados o incluso con las certificaciones de abogados especializados en Derecho comercial en esa nación” (Acosta, 2008).

De otro lado Osborne Urrutia anota que además está presente la posibilidad de acudir a testigos para reconocer un hecho puntual como costumbre; se requiere para ello las declaraciones de al menos cinco personas, las cuales deben asentir a la pregunta sobre la existencia de ese hecho social o costumbre, dichos testigos deben estar debidamente inscritos en la Cámara de Comercio. Sin embargo como lo señala Acosta debe tenerse presente que: *“Cuando el trabajo probatorio ya fue llevado a cabo en otros procesos, simplemente se entrega la copia de dos sentencias dictadas por el juez en ese proceso para que el de conocimiento pueda apreciar la realidad de esa práctica, eso sí, que no tengan una antigüedad de más de cinco años”* (Acosta, 2008, pág. 27).

En lo que respecta al acto mercantil el profesor Acosta señala que:

“El acto mercantil no es una teoría científicamente elaborada, si no por el contrario es un listado empírico de actos, operaciones y empresas a las que habitualmente se dedican los comerciantes y que desde la época medieval hasta el momento se ha venido depurando hasta desarrollar este listado.” (Acosta, 2008, pág. 33).

En este mismo sentido según lo anota la cámara de comercio de Bogota *la Costumbre Mercantil “es el conjunto de prácticas realizadas por los comerciantes de manera uniforme, reiterada y pública, que pueden adquirir la misma autoridad que la ley comercial”* (Cámara de Comercio de Bogotá, 2011). En concordancia con lo anotado la costumbre comercial puede asimilarse como un habito que emerge de la constante repetición de determinadas prácticas que realizan los comerciantes en función de sus actividades. La obligatoriedad de las costumbres procede de las circunstancias materiales que les dieron origen, esto es, de un problema que busca resolverse en las prácticas interiorizadas por aquellos que se dedican a cierta actividad comercial.

Un ejemplo de esto lo ofrece el mismo Acosta al referirse a las asociaciones o corporaciones de comerciantes de la Edad Media, en ellas las reglas no escritas respondían a un estricto pragmatismo, los asociados adquirirían el derecho a ser juzgados por otros miembros designados los cuales dirimían las disputas según las costumbres imperantes. Los miembros tenían que respetar cierta jerarquía, por ejemplo, los aprendices no podían oficiar como maestros o compañeros, pues de hacerlo se veían excluidos de la posibilidad de trabajar en los negocios de los miembros de la asociación, castigo cruel que privaba al infractor de su fuente de sustento. Todo

ello se hacía sin recurrir a ningún estamento estatal, todavía no existente en el momento, o poder público por fuera de la asociación de comerciantes, es decir que la única ley imperante en el sector comercial eran las costumbres admitidas en las asociaciones. (Acosta, 2008, p.40)

2.2 LA PRIMA COMO EJEMPLO TIPICO DE COSTUMBRE COMERCIAL

En primer lugar se hace necesario examinar que se entiende por prima comercial; al ser una práctica informal es difícil definir taxativamente lo que debe considerarse como prima comercial, no obstante, la Cámara de Comercio de Villavicencio, ofrece una definición más o menos concisa.

Según esta entidad la prima comercial es la práctica corriente; cuando se realiza la enajenación de un establecimiento o local de comercio, el adquirente debe pagar una suma de dinero a título de prima comercial al enajenante *“consistente en un valor especial independiente del valor de los bienes que conforman el mismo”* (Cámara de Comercio de Villavicencio, 2008).

La Cámara de Comercio de Villavicencio anota que *“La forma jurídica de esta prima instituye un acuerdo entre las partes que intervienen en un contrato, según el cual los contratantes reconocen la posibilidad de un aumento de los beneficios futuros que se desprenden del contrato”* (Cámara de Comercio de Villavicencio, 2008), ello por consideraciones de prestigio, de reconocimiento o acreditación del negocio a vender, por las ventajas que pudiera ofrecer su ubicación o el hecho de haber estado en

determinado lugar por un largo tiempo, es decir por ciertos privilegios o ventajas asociadas al objeto contractual que pudieran redundar en beneficios pecuniarios para el comprador, ello hace pensar como pertinente, o conveniente para el vendedor el recibir una prima sobre el valor contratado, esta prima, según señala el informe que se cita, generalmente solo se paga una vez. *“Dado que esta prima supone la transferencia de la potencialidad de ingresos futuros para el negocio, en el ámbito jurídico, contable y financiero se puede asimilar tal situación al crédito mercantil.”* (Cámara de Comercio de Villavicencio, 2008).

En el Valle de Aburrá se ha reportado la misma práctica, en el año 2007 la Cámara de Comercio Aburrá Sur adelanto un estudio para averiguar si el pago de primas al enajenarse un establecimiento de comercio en los municipios de Envigado, Caldas y La Estrella se había convertido en costumbre mercantil, en ese entonces la respuesta fue negativa (Cámara de Comercio Aburrá Sur, 2007). Aunque ya se reportó su existencia en ese entonces, no se la consideró como costumbre mercantil puesto que no era una práctica *“ni reiterada, ni uniforme y mucho menos de obligatorio acatamiento”* (Cámara de Comercio Aburrá Sur, 2007). Ello quiere decir que la costumbre de exigir el pago de la prima comercial no había todavía arraigado en la idiosincrasia del comerciante local y por ello no cumplía con los criterios enunciados en las conclusiones del apartado anterior.

Sin embargo *“para el año 2007 y con motivo del rápido crecimiento económico que vivía el país, con tasas de crecimiento superiores al 7% que permitió el auge del comercio local”* (López y Saldarriaga, 2010). se consideró pertinente repetir dicho

estudio ya que la proliferación de negocios hizo que se apreciaran más agudamente las ventajas competitivas que podía brindar un establecimiento comercial bien ubicado y acreditado.

Por ejemplo se considera ventajoso el que esté ubicado en el primer piso, cerca de las puertas del centro comercial, el que el entorno sea apropiado para determinada actividad comercial, las facilidades de acceso, el que el negocio ya tenga reconocimiento, etc. Todo ello es aprovechado por los dueños de los negocios, los cuales teniendo presentes dichas ventajas comparativas consideran justo el cobrar una prima comercial al momento de vender sus establecimientos.

Para realizar la investigación se recurrió al método de encuesta puesto que es imposible recurrir a alguna institución determinada para obtener información sobre una práctica informal. El estudio se centró en centros comerciales del Valle de Aburrá, en los municipios de Caldas, La Estrella, Sabaneta, Envigado e Itagüí, se realizó entre el 22 de mayo y el 19 de noviembre del año 2007. Concretamente el objetivo de la investigación fue el de *“determinar si es o no costumbre mercantil el pago de “prima” o sobreprecio en la venta de un establecimiento de comercio”* (Cámara de Comercio Aburrá sur, 2007). Los centros comerciales en los que se realizó la encuesta fueron escogidos por ser los más representativos debido a su importancia en sus respectivos municipios, ya fuera por su antigüedad o por el flujo de clientes que los visitaban. Para realizar la encuesta se entrevistó a los propietarios de los establecimientos, a los administradores o a cualquier persona que estuviera autorizada para responderla (Garzón, 2007).

Las encuestas revelaron la existencia de ciertas prácticas que caracterizan el funcionamiento de los centros comerciales locales. Un ejemplo paradigmático que se resaltó, fue el del Centro Comercial de Itagüí en el que están ubicadas varias casas de cambio y entidades financieras. En dicho centro comercial los locales son generalmente propiedad de una sociedad anónima que no los vende, sino que cobra primas y cánones de arrendamiento muy elevados por ocupar los locales prohibiendo además que los comerciantes ubicados allí negocien con los establecimientos. Esta práctica, según señaló el estudio, es común, en general, en los centros comerciales ubicados en el sector sur del Valle de Aburrá, allí se ha generalizado la costumbre de no vender locales comerciales, sino cobrar primas por el derecho a usar un local dentro de determinado centro comercial (Garzón, 2007).

Por otro lado a pesar de la prohibición, que se señaló, hecha a los comerciantes de no negociar con sus establecimientos, éstos tienen la costumbre uniforme de cobrar una “*prima comercial*” como recompensa por las ventajas que su tiempo de duro trabajo, sus inversiones y el haber acreditado su negocio, otorgarán a quien va encargarse del establecimiento posteriormente (Garzón, 2007).

En concreto la investigación reveló lo siguiente: la acreditación, la exclusividad, ubicación y clientela son los elementos que producen una conducta colectiva en el momento en que se toma la decisión de vender un establecimiento comercial, ubicado en los centros comerciales cubiertos por el estudio. En tales centros hay una “*tendencia general unificada*” según la cual se considera como un elemento normal, la sobre-

remuneración ligada a la venta de un establecimiento de comercio (Cámara de Comercio Aburrá Sur, 2007).

De acuerdo con lo anotado por la Cámara de Comercio Aburra Sur los elementos que permiten afirmar que se trata de una práctica uniforme, pública y reiterada son los siguientes:

1. A la pregunta “¿si el día de hoy decidiera vender su establecimiento de comercio, incluiría sobreprecio o prima comercial?” El 95% de los encuestados respondieron afirmativamente tanto en Envigado como en Itagüí, en los demás municipios cubiertos en el estudio el 100% de los encuestados respondieron afirmativamente.
2. Se trata de una práctica pública, según lo demuestra el hecho que en Itagüí el 95%, en Envigado el 98%, en Sabaneta el 92% y en La Estrella y Caldas el 100% de los encuestados respondió afirmativamente a la pregunta de si consideraban el cobro de la prima comercial como una práctica conocida y utilizada en general por todos los propietarios de los establecimientos del centro comercial. Según señala el texto del estudio el que algunos comerciantes hayan respondido negativamente a la pregunta se debe no a que la consideren una práctica ilegal, sino que debido a las condiciones actuales de su negocio no están en capacidad de cobrar la prima, ya sea porque no han acreditado sus negocios o porque éste no está rindiendo los frutos económicos esperados.
3. Se trata de una práctica reiterada, ello queda en evidencia en la encuesta gracias a la respuesta que los comerciantes dieron a la pregunta “¿sabe usted desde cuando en este centro comercial los propietarios de los establecimientos de comercio cobran una prima comercial?” la obligatoriedad de la exigencia de prima comercial es conocida por el 40% de

los encuestados desde uno a cinco años atrás, el 60% restante tenían conocimiento de la práctica desde incluso antes de cinco años atrás. (Cámara de Comercio Aburrá Sur, 2007).

En última instancia el estudio mostró que los comerciantes tenían claridad acerca de la obligatoriedad o más bien de su derecho a exigir el pago de una prima comercial en el caso de producirse la enajenación de sus negocios; adicional a esto, los comerciantes conocen los elementos que pueden constituir una ventaja competitiva para el nuevo propietario del negocio, a saber: la acreditación, la exclusividad, la ubicación y la clientela. Estos argumentos, según señala el texto de la investigación, necesariamente llevan a incluir un sobreprecio cuando se vende el negocio, puesto que no es factible que un comerciante deje de tener en cuenta todo el trabajo, la dedicación y la constancia que le han permitido acreditar su negocio, posicionarlo en el mercado y formar una clientela leal (Cámara de Comercio Aburrá Sur, 2007).

La conclusión final de la Cámara de Comercio Aburra Sur en torno a la prima comercial fue la siguiente:

“La Cámara de Comercio del Aburrá Sur de acuerdo con lo previsto en el numeral 5 del artículo 86 del código de comercio y del artículo 10, numeral 4 del Decreto 898 de 2002, y luego de haber llevado a cabo la correspondiente investigación, verificó que el hecho social investigado constituye Costumbre Mercantil, al cumplir todos los requisitos establecidos por la ley” (Cámara de Comercio Aburrá Sur, 2007).

Es posible ver en este caso como un hecho informal causado por ciertas condiciones objetivas afrontadas por sector comercial en el sur del Valle de Aburrá, termina por adquirir fuerza de Costumbre Mercantil.

Relacionando el estudio recién expuesto con la definición de costumbre como fuente del derecho, ofrecida por Abelardo de la Torre, es evidente por qué este hecho puntual puede ser considerado como una costumbre.

La primera consideración a tener en cuenta, a partir de la investigación llevada a cabo por la Cámara De Comercio Aburra Sur, es que con el auge económico vivido en el país y la región, se hacen más evidentes las ventajas comparativas que ciertos elementos ofrecen al momento de emprender o montar un negocio, las cuales otorgan el derecho de exigir una compensación por parte del adquiriente; en otras palabras, el hecho de que el comercio sea pujante a diferencia de lo que ocurría en el año 1999, hace que exista más interés en aprovechar cualquier ventaja que pueda ofrecer un negocio y por lo tanto que haya un mercado para esas ventajas, por lo que pagar un “sobreprecio” por ellas llega a ser considerado como algo viable económicamente.

Una segunda consideración a destacar de la investigación de La Cámara de Comercio Aburra Sur es su carácter ciertamente discriminatorio. Dicha organización orientó su estudio sobre la prima comercial teniendo en cuenta únicamente a los establecimientos de comercio ubicados dentro de los centros comerciales, excluyendo deliberadamente el resto de establecimientos comerciales.

No puede pasarse por alto en este sentido que el sustento de la prima comercial está relacionado con elementos tales como la acreditación del negocio, la ubicación, y los activos con los que cuenta; en virtud de aquello cualquier negocio dentro o fuera de los centros comerciales puede tener determinadas características específicas que les otorgue un sobreprecio al momento ser vendidos

Una tercera consideración en torno a la prima comercial, es que las condiciones objetivas que le dan firmeza hacen que sea considerada por las partes que intervienen en el negocio como una práctica justa. Los enajenantes ven la prima comercial como la justa recompensa a su trabajo y a las ventajas que sus negocios ofrecen, mientras que los adquirientes ven ese sobreprecio como una inversión racional, para aprovechar ciertos privilegios obtenidos con la posesión del negocio. La prima comercial por lo tanto se trata de un ejemplo típico de la voluntad del pueblo actuando de manera directa, esta práctica aparece cumpliendo funciones de tipo normativo, interpretativo y de integración.

3. ANOTACIONES FINALES

En cuanto a su concepto podemos establecer siguiendo la doctrina, la jurisprudencia y la ley, que los elementos para que un comportamiento se considere Costumbre son: *la uniformidad, la publicidad y reiteración*. La uniformidad atiende a que las prácticas que informan una determinada costumbre sean iguales, sin que en su constante suceder se presenten omisiones o hechos contrarios. La publicidad atiende a que las prácticas sean conocidas por el conglomerado social o por el grupo en el cual se realizan y que va a ser sometido a los dictados de la costumbre. La reiteración, alude a que las practicas no pueden ser transitorias u ocasionales.

Con base al tratamiento que le otorgue la legislación, pueden distinguirse tres clases de costumbre, a saber, “*Consetudo Secundum Legem, Consetudo Praeter Legem y Consetudo Contram Legem*”. Desde el punto de vista de este ensayo las tres clases de costumbre – Inclusive la costumbre *Contram Legem*- deben considerarse como fuentes reales de derecho.

Otra clasificación de la costumbre a tener en cuenta es de acuerdo al ámbito territorial; en este sentido hablamos de costumbre local, Costumbre nacional, costumbre extranjera y costumbre internacional.

La costumbre cumple algunas funciones importantes en el derecho mercantil de las cuales se destacan: la función normativa, la cual opera a falta de ley comercial, en los casos previstos por el artículo 3 del Código de Comercio colombiano. La función interpretativa, que opera para interpretar la ley y los contratos, esta función esta

prevista en el artículo 5 del Código de Comercio Colombiano. La función integradora de la costumbre, sirve para completar la norma escrita, así como para llenar los vacíos de esta.

En la segunda parte del presente trabajo se hizo evidente como el cobro de prima comercial, fue reconocido como costumbre mercantil sin que se presentara conflicto alguno, ello implica que no se observó que este hecho social en particular quebrantara alguna ley, al contrario se trata de un mecanismo por medio del cual se resolvió un problema o situación puntual enfrentada por los comerciantes al momento de realizar sus actividades mercantiles, situación que formalmente no había sido abordada en el Código de Comercio. En este caso es posible ver en qué sentido la costumbre, tal como señala la sentencia C-486 de 1993 de la Corte Constitucional, aporta al sistema jurídico flexibilidad y efectividad, ello ante el hecho reconocido de que la ley positiva *“dado su carácter general y abstracto no puede prever todas las situaciones que pueden surgir en la práctica”* (Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil Exp 4798, 1998).

Es posible afirmar que esta costumbre sería de la clase conocida como “Consetudo Praeter Legem”, puesto que es una costumbre que, como se vio, tiene fuerza vinculante, es decir cumple con una función normativa en tanto que hecho social aceptado por todos (público y reconocido, al decir del numeral 1.5) y no porque exista alguna referencia expresa a ella en una disposición legal determinada. Como se explicó en el numeral 1.3, el artículo 13 de la Ley 153 de 1887 convalidado por la sentencia C-

224 de 1994 del Magistrado Ponente: Jorge Arango Mejía, reconoce la posibilidad de la aplicación de la costumbre ante la presencia de lagunas de la ley positiva.

El estudio traído a colación, mostró que el cobro del “sobreprecio” o prima comercial es uniforme público y reiterativo. Para que un comportamiento, siguiendo la doctrina, la jurisprudencia y la ley, se considere, como una costumbre: 1. Los comerciantes locales en general reconocen que al momento de vender sus establecimientos cobrarían el “sobreprecio”; 2. La inmensa mayoría de los encuestados reconoció conocer la práctica, utilizada en general por los propietarios de los establecimientos de cada centro comercial en el que se realizó la encuesta; 3. El que se trata de una práctica regular, que además viene realizándose desde hace bastante tiempo, quedó demostrado por el hecho de que el 60% de los encuestados en los cinco municipios cubiertos por el estudio reconoció tener conocimiento de la práctica desde un período mayor a cinco años.

Finalmente, el informe expuesto, llegó a la conclusión de que la acreditación del negocio, la ubicación, las inversiones realizadas, etc., son argumentos que llevan necesariamente a los comerciantes a cobrar una prima comercial por sus negocios y, como se dijo, la necesidad de obtener ventajas competitivas hace que en general la inversión sea vista como algo justo, por lo que la práctica seguirá manteniéndose en el futuro. La prima comercial en los establecimientos de comercio puede ser considerada como fuente de costumbre mercantil en los municipios que se encuentran en la jurisdicción de la Cámara de Comercio del Aburrá Sur. Como es evidente, el hecho de que el estudio tenga un alcance limitado a cinco municipios del Valle de Aburrá, implica

que por el momento la prima comercial está tomando reconocimiento, por ser una práctica que exclusivamente ejercen los comerciantes.

4. BIBLIOGRAFIA

MARCO JURISPRUDENCIAL:

A) Corte Constitucional:

Corte Constitucional, sentencia C-486 de 1993. M. P.: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte constitucional, *sentencia C-224 de 1994.M.P. Dr Jorge Arango Mejía.*

B) Corte Suprema de Justicia:

Sala de Casación Civil. M.P.: José Fernando Ramírez Gómez. Exp.: 4798. Fecha: 27 de marzo de 1998.

MARCO NORMATIVO:

Constitución Política de Colombia

Código de Comercio Colombiano

Código Civil Colombiano

Código de procedimiento Civil Colombiano.

Ley 153 de 1887 artículo 13

MARCO DOCTRINAL:

Barbero Domenico. (1967). *Sistema del derecho privado*, I, Traducción de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América.

Cámara de Comercio de Bogotá. (2011) ABC de La Costumbre Mercantil. Disponible en http://www.empresario.com.co/recursos/page_flip/CCB/2012/abc_constumbre_mercantil/#/2/

Carbonnier, Jean. (1969). *Derecho Civil, Bosch*. Barcelona: Casa Editorial.

Garzón, Humberto. (2007) *Informe Sobre la Encuesta Relacionada con la Costumbre Mercantil "Prima Comercial o Sobreprecio" en la Venta de un Establecimiento de Comercio*. Itagüí: Cámara de Comercio Aburrá Sur.

Real Academia Española. (2014). *Diccionario de la lengua española*, 23.^a ed. Madrid. Disponible en: <http://www.rae.es/obras-academicas/diccionarios/diccionario-de-la-lengua-espanola#sthash.AJVCwlRm.dpuf>

Doménico, Barbero. (1967). *Sistema del derecho privado*, t. I, (Santiago SentisMelendo, Trad.), Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa - América.

López, R.L. y Saldarriaga, J.P. (2010). *Ahorro y Crecimiento Económico en Colombia*. Medellín: Revista Perfil de Coyuntura Económica número 16.

Mendoza Ramírez, Álvaro. (2003) *Principios generales del derecho comercial*. Bogotá: ediciones jurídicas Ibáñez.

Narvéez garcía, J.I. (1998). “*Derecho Mercantil Colombiano*”. Bogotá: Legis.

Urrutia Acosta, Osborne. (2008) *Derecho Comercial, Guía Didáctica Módulo*, Fundación Universitaria Luis Amigó, Medellín.

CONCEPTOS:

Superintendencia de industria y comercio. Concepto 01077559 de 9 de octubre de 2001. Disponible en:

<http://www.sic.gov.co/conceptos/conceptos/2001/octubre/01077559.php>

Cámara de Comercio Aburrá Sur. (2007) *Prima en la enajenación de establecimientos de comercio ubicados en centros comerciales de los municipios del Aburrá sur*.

Cámara de Comercio de Villavicencio. (2008) *Resolución No. 29*. Disponible en http://www.ccv.org.co/ccvnueva/images/descargas/costumbremercantil/orp328_practica_constitutiva_de_costumbre_mercantil_iv.pdf